# Die Antinomie C 3, 31, 5—D 12, 6, 19, 1, ein Beitrag zur Lehre von der hereditatis petitio,

nebst einer Behandlung der Frage nach heutigem bürgerlichem Recht.

---

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

der Juristenfakultät zu Rostock vorgelegt

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

von

**Albert Polke**
Kammergerichtsreferendar.

---

Berlin 1912
Emil Ebering

Referent: Geh. Justizrat Prof. Dr. **Bernhöft.**

## Inhalt.

Erster Teil: Abhandlung nach römischem Recht.
§ 1. Einleitung. S. 9.
1. Kapitel: Die Quellen.
§ 2. A. Die Stellen mit Condictio. S. 12.
§ 3. B. Keine Condictio. S. 13.
2. Kapitel: Erläuterung.
§ 4. 1. Abschnitt: Juristische Struktur der Frage. S. 13.
2. Abschnitt: Darstellung und Kritik der entgegenstehenden Ansichten.
§ 5. Gänzlich abwegige Theorien. S. 17.
§ 6. Die Theorie des Cujacius. S. 19.
§ 7. Die Ansicht Glücks. S. 24.
§ 8. Die Ansicht Vangerows. S. 28.
§ 9. 3. Abschnitt: Eigene Ansicht. S. 29.
§ 10. Anhang: Erläuterung von D 3, 5, 48 (49). S. 34.
Zweiter Teil: Abhandlung nach heutigem bürgerlichem Recht.
§ 11. 1. Kapitel: Juristische Struktur der Frage. S. 39.
2. Kapitel: Erläuterung.
§ 12. 1. Abschnitt: Die Ansprüche aus BGB. 2022 und 812. S. 39.
sprüche.
2. Abschnitt: Das Verhältnis der beiden An-
§ 13. Leistungen aus Mitteln der Erbschaft. S. 42.
§ 14. Leistungen aus eigenen Mitteln. S. 44.
§ 15. Schlußbetrachtung. S. 47.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553625_0113

## Literatur.


Accursius, Glossa ordinaria (ad Corpus iuris civilis).

Arndts, Hereditatis petitio in Weiske, Rechtslexikon Bd. V, 1844.

—, Glück, Erläuterung der Pandekten, Bd. 46, Abt. I.

Basilica, ed. Heimbach.

Bekker, Anzeige von Francke, Kommentar über den Pandektentitel „de hereditatis petitione" in Krit. Viertelj. schr. f. Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. VIII, 1866.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl., 1882.

Chambon, Die Negotiorum Gestio, 1848.

Charondas, Pithana in Otto, Thesaurus, Bd. I.

Cocceji, Jus Controversum Civile.

Corpus iuris civilis, ed. Mommsen, 11. Aufl. von Krüger 1910.

Cujacius, Commentarii, In Lib. IIII Codicis.

—, ad Africanum.

Dernburg, Pandekten, 7. Aufl. 1903.

Donellus, Commentarii de iure civili.

Erxleben, Die Condictiones sine causa, Abt. 1: Die Condicto indebiti 1850.

Faber, Rationalia.

Francke, Kommentar über den Pandektentitel: „de hereditatis petitione", 1864.

Caius, Institutionum Commentarii Quattuor, ed. Seckel und Kübler 1903.

Glück, Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, Bd. XIII 1811.

Grangianus, Paradoxa Iuris Civilis in Otto Thesaurus, Bd. V.

Groskopff, Zur Lehre vom Retentionsrechte 1858.

Huschke, Zeitschr. f. geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. XIIII, 1846.

Kämmerer, Kann jemand, der in dem Glauben, seine eigenen Geschäfte zu treiben, die eines anderen geriert, gegen diesen anderen die actio negotiorum gestorum utilis anstellen? In Zeitschr. f. Civilrecht und Prozeß (Linde's Zeitschrift) Bd. VIII, 1835.

Kipp, Zusätze zu Windscheid, Lehrb. d. Pandekten, 9. Aufl. 1906.

—, Erbrecht, 1911 in Enneccerus, Kipp, Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.

Kohler, Die Menschenhilfe im Privatrecht in Jherings Jahrbüch. f. Dogmatik Bd. 25, 1886.

Leist, Die Bonorum possessio Bd. I, 1844. Bd. II, 1848.

—, Glück, Erläuterung der Pandekten, Serie der Bücher 37 und 38 Bd. I, 1870.

Lopez, Animadversiones Iuris Civilis in Otto Thesaurus Bd. III.

Muncke, Dissertatio de actionibus exceptionibusque possessori petitorive hereditatis ratione eorum, quae ipsi creditoribus hereditariis legatariisque solverunt, competentibus. Heidelberg 1833.

Noodt, Commentarii ad D 12, 6.

Oertmann, Die Zahlung fremder Schulden im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 82, 1894.

Pacchioni, La L 48 (49) Dig. III, 5 im Bulletino dell' istituto di diritto romano Bd.. III, 1890.

Pernice, Labeo Bd. III, 1. Abt. 1892.

Rosshirt, Das testamentarische Erbrecht 1840.

Ruhstrat, Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio im Archiv f. d. zivilistische Praxis Bd. 34, 1851.

—, Ueber die Rechtsverhältnisse der Erbschaftsbesitzer im Archiv f. d. zivilistische Praxis Bd. 67, 1884.
Savigny, System des heutigen römischen Rechts Bd. V. 1841.
Schröder, Das Commodum bei der Erbschaftsklage 1876.
Schulting-Smallenburg, Notae ad Digesta 1820.
Schulz, Fritz, Klagen-Cession im Interesse des Cessionars in Savigny-Zeitschr. Bd. 27, 1906.
Seckel-Heumann, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 9. Aufl. 1907.
Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht, 3. Aufl. 1868.
Unterholzner, Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen, 1840.
Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 7. Aufl. 1867.
Windscheid, Lehrbuch der Pandekten, 9. Aufl. 1906.
Witte, Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts 1859.
Zasius, Antinomiarum dissolutiones.
Zimmermann, Echte und unechte Negotiorum gestio 1872.

Erster Teil.

# Abhandlung nach römischem Recht.

## Einleitung.

### § 1.

Obwohl Justinian in seinem corpus iuris ein einheitliches Gesetzeswerk, eine Kodifikation des geltenden römischen Rechtes zu geben beabsichtigte, ist ihm dies doch nur zum Teil gelungen. Zahlreiche Widersprüche sind bei der Compilation stehen geblieben, und vielfach wurden sogar veraltete Rechtssätze und abgestorbene Rechtsinstitute mit aufgenommen, die dann dem Verständnisse des Werkes als Gesetzbuch hemmend in den Weg traten.

Eine wirkliche oder scheinbare Antinomie nun, und zwar eine solche, die, man kann wohl sagen, seit dem Erscheinen des corpus iuris bis auf den heutigen Tag das Interesse und das Nachdenken der Juristen erweckt hat, bildet das Thema der vorliegenden Arbeit.

Die C 3, 31 (de petitione hereditatis), 5, eine Konstitution des Kaisers Antoninus (Caracalla, 211—17) lautet:

> De hereditate, quam bona fide possidebas, si contra te pronuntiatum est, in restitutione eius detrahetur, quod creditoribus eiusdem hereditatis exsolvisse te bona fide probaveris nam repeti a creditoribus, qui suum receperint, non potest.

Was zunächst den Wortlaut des Textes angeht, so ist das Rescript fehlerfrei überliefert. Eine Veränderung

des Textes von seiten der Kompilatoren ist wohl möglich; da aber eine solche Annahme mit der grundsätzlichen Auffassung des Inhaltes der Konstitution zusammenhängt, so ist diese Frage am besten unten im weiteren Verlaufe der Abhandlung zu betrachten.

Der Inhalt des Rescriptes, das an eine gewisse Postumia gerichtet ist, lautet, etwas allgemeiner gefaßt und unter Vermeidung irgend einer prinzipiellen Stellungnahme, folgendermaßen:

Wenn man eine Erbschaft in gutem Glauben in Besitz hat und sich nachher im Prozeß herausstellt, daß man nicht Erbe ist, so kann man bei Herausgabe der Erbschaft abziehen, was man den Nachlaßgläubigern in gutem Glauben gezahlt hat. Denn von den Gläubigern kann man es nicht zurückverlangen; sie haben nur das erhalten, was sie zu fordern hatten.

Dieser Stelle steht nun eine Stelle von Sex. Pomponius gegenüber, der (unter Hadrian, in der ersten Hälfte des 2. Jahrhunderts nach Chr.) im 22. Buche seines Werkes „ad Sabinum" schreibt (D 12, 6, 19, 1):

> Quamvis debitum sibi quis recipiat, tamen, si is, qui dat, non debitum dat, repetitio competit,
>
> veluti si (is, qui) heredem se vel bonorum possessorem falso existimans, creditori hereditario solverit; hic enim neque verus heres liberatus erit, et is, quod dedit, repetere poterit;
>
> quamvis enim debitum sibi quis recipiat, tamen, si is, qui dat, non debitum dat, repetitio competit.

Abgesehen von kleinen Unebenheiten (die in Klammern gesetzten Worte will Mommsen streichen; der letzte Satz von quamvis an erscheint Halonder als unecht; für den Sinn der Stelle ist dies jedenfalls ohne Bedeutung) ist auch hier der Text tadellos überliefert.

Inhaltlich sagt Pomponius folgendes: Zunächst eine allgemeine Bemerkung: Wenn man auch nur erhalten hat,

was man zu fordern hatte, so muß man es doch herausgeben, wenn der, welcher zahlte, es nicht schuldig war; dann ein praktischer Fall: Wenn man sich fälschlich für den (zivilrechtlichen oder prätorischen) Erben hält und einen Nachlaßgläubiger befriedigt, so wird einerseits nicht der wahre Erbe von der Verbindlichkeit befreit, andererseits kann der, welcher geleistet hat, das Geleistete zurückverlangen.

Wenn man die beiden Stellen mit einander vergleicht, so sieht man sofort, daß sie (anscheinend für denselben Tatbestand) zwei entgegengesetzte Entscheidungen geben: In dem Reskripte Antonin's heißt es, durch die Leistung des falsus heres werde der verus heres liberiert, eine condicto von seiten des falsus den creditores gegenüber finde nicht statt, der falsus könne seine Ersatzansprüche gegenüber dem verus durch Retention oder Kompensation geltend machen,

während Pomponius die Frage dahin löst, daß durch die Leistung des falsus der verus nicht liberiert werde, in folge dessen auch der falsus dem verus gegenüber keine Ansprüche habe, vielmehr vom creditor das geleistete condicieren könne.

Unsere Aufgabe wird es nun sein, diese scheinbare Antinomie zu erklären und aufzulösen.

Wenn wir zu diesem Zwecke das Quellenmaterial, wie es sich im corpus iuris uns darbietet, des näheren durchforschen, so bieten sich uns insbesondere eine Anzahl von Stellen, die größtenteils denselben oder doch einen ganz ähnlichen Tatbestand wie den unseren enthalten. Versucht man nun, diese Fragmente nach einem einheitlichen Prinzipe anzuordnen, so findet man sofort, daß sie, entsprechend den beiden Stellen unseres Themas, sich in zwei Gruppen spalten, deren eine (und diese befinden sich bei weitem in der Mehrzahl) dem possessor eine condictio gegenüber den Erbschaftsgläubigern gewährt, während bei dem Rest

der Erbschaftsbesitzer auf einen Anspruch gegenüber den verus heres verwiesen wird.

## Erstes Kapitel.

## Die Quellen.

### § 2.

### A. Die Stellen mit Condictio.

D 12,6 (de condictione indebiti) 65,9 (Paulus, 17. Buch ad Plautium):

Indebitum est non tantum, quod omnino non debetur, sed et . . ., si id, quod alius debebat, alius, quasi ipse debeat, solvat.

D 46,3 (de solutionibus et liberationibus), 38,2 (Africanus 7. Buch Quaestionum):

. . . cum possessor hereditatis existimans se heredem esse solverit, heres non liberetur, tunc enim propterea id evenire, quod ille suo nomine indebitam pecuniam dando repetitionem eius haberet.

D 5,3 (de her. pet.) 31 pr. (Ulpian, 15. Buch ad Edictum):

Si quid possessor solvit creditoribus, reputabit, quamquam ipso iure non liberaverit petitorem hereditatis: nam quod quis suo nomine solvit, non debitoris, debitorem non liberat. et ideo (Julianus libro 6. Dig. scribit ita id imputaturum possessorem, si caverit se (a se Brencmann) petitorem defensum iri. — sed an et bonae fidei possessor debeat defendendum cavere, videndum erit, quia in eo, quod solvit, non videtur locupletior factus: (nisi forte habeat condictionem et hoc nomine videtur locupletior quia potest repetere: finge enim eum, dum se heredem putat, solvisse suo nomine). et videtur mihi Julianus de

solo praedone ut caveat sensisse, non etiam de bonae fidei posssessore: (condictionem tamen praestare debebit.)[1] sed et petitor, si a creditoribus conveniatur, exceptione uti debebit.

C 4,5 (de cond. ind.) 5 (Kaiser Diocletian und Maximian a. 293): Si a patre emancipatus (es) ei non intra tempora praestituta iure honorario successisti, quidquid indebitum postea per errorem utpote patris successor dedisti, eius condictionem tibi competere non est incerti iuris.

### § 3.

### B. Keine Condictio.

D 3,5 (de neg. gest.) 48 (49) (Africanus, 8. Buch Questionum):

. . . sicut ex contrario in me tibi daretur (sc.: actio negotiorum gestorum) si, cum hereditatem, quae ad me pertinet, tuam putares, res tuas proprias legatas solvisses, quandoque de (Florentina; die anderen Handschriften quandoquidem) ea solutione liberarer. (Wegen der Lesarten vgl. unten im Text § 10, S. 35.)

## Zweites Kapitel.

## Erläuterung.

### § 4.

### 1. Abschnitt.

### Juristische Struktur der Frage.

Bevor wir zur näheren Erläuterung des so gefundenen Quellenmaterials schreiten, dürfte es sich empfehlen, einen

1. Die in ( ) gesetzten Stellen sind interpoliert, wie Pernice nachgewiesen hat. (Vgl. seine scharfsinnigen Ausführungen in Labeo, Bd. III,

Blick auf die juristische Struktur der darin enthaltenen Tatbestände zu werfen.

In allen den praktischen Fällen, die uns in den angezogenen Stellen entgegentreten, haben wir es mit einem possessor hereditatis zu tun, der bona fide die Erbschaft in Besitz hat, d. h. der sich für den Erben hält, und der bona fide die Gläubiger des Erblassers befriedigt hat, die jetzt ihre Forderungen gegen die Erbschaft bezw. gegen deren Besitzer richten. Nachher hat sich der verus heres gemeldet, er hat auch mit der hereditatis petitio ein obsiegendes Urteil gegenüber den possessor errungen (contra eum pronuntiatum est) (C 3, 31, 5), und nun entsteht die Frage, wie der Erbschaftsbesitzer das wieder bekommt, was er an die creditores geleistet hat.

Eine rei vindicatio gegenüber den Gläubigern hat der Erbschaftsbesitzer selbstverständlich nicht: Er hat ihnen die Sachen, z. B. Geld, tradiert in der Absicht, ihnen Eigentum daran zu verschaffen. Das Eigentum an den Sachen ist übergegangen, in folge dessen ist ein dinglicher Anspruch nicht gegeben.

Zunächst ließe sich aber denken, daß der possessor von den Nachlaßgläubigern das geleistete nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung, römisch gesprochen mit einer condicto, zurückverlangen kann. Es sind ja allem Anscheine nach sämtliche Merkmale dieser juristischen Figur gegeben: es liegt eine Bereicherung vor, in unserem Falle eine Vermehrung des Vermögens der Gläubiger, und diese Bereicherung ist ungerechtfertigt, da die Leistung, wie Kipp[1] sagt, keine gültige Zwecksatzung hat, oder da ihr, um

---

1. Abt. S. 241, Anm. 1.) Zu genau demselben Ergebnis kommt übrigens auch noch Fritz Schulz, Ztschr. d. Savigny-Stiftung 27. Bd. 1906 S. 114 ff
1. a. a. O. Bd. II, § 423, Zusatz. (S. 884).

mit Windscheid[2] zu reden, die Voraussetzung fehlt, wie dies gleich näher darzulegen ist.

Wir haben es im vorliegenden Falle mit einer der vielen Unterarten der Condictionen zu tun, nämlich mit der condictio indebiti. Damit eine condictio indebiti vorliege, dazu ist nach römischem Recht erforderlich (das folgende im Anschluß an Windscheid[3]):

1. daß zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit geleistet worden ist,

2. daß die Verbindlichkeit nicht bestanden hat; hierzu gehört auch der Fall, daß sie in anderer Weise, als wie angenommen wurde, bestand,

3. daß das Bestehen der Verbindlichkeit irrtümlicherweise, und zwar in entschuldbarem Irrtume, angenommen wurde.

Alle drei Tatbestandsmerkmale der condictio indebiti scheinen in unserem Falle offenbar gegeben zu sein; die Entschuldbarkeit des Irrtums geht unzweifelhaft daraus hervor, daß der possessor bona fide gehandelt hat.

In D 12, 6, 19, 1 und den Stellen zu A, die bei weitem die Mehrzahl bilden, wird denn auch den possessor die condictio indebiti gegenüber den Nachlaßgläubigern zugebilligt. Die nähere Ausführung dieses Satzes wird in D 5, 3, 31 pr. gegeben. Daß die letztere Stelle stark interpoliert ist, wurde bereits oben bemerkt; es hat dies jedoch für unsere Untersuchung keine besondere Bedeutung. Hier wird noch einmal ausdrücklich ausgesprochen, daß durch die Zahlung des possessor der heres nicht ipso iure liberiert werde; es wird dann aber dem possessor das Recht zugebilligt, bei Herausgabe der Erbschaft das gezahlte abzuziehen, wofern er nur dem Erben dafür einsteht, daß er ihn den Gläubigern gegenüber, von denen der heres

---

2. eod. (S. 881 f.)
3. eod. 426 (S. 893 ff.).

ja eben nicht befreit ist, defendieren werde. Außerdem aber wird in einem solchen Falle dem heres im Verhältnisse zu den Gläubigern ohne weiteres eine exceptio doli gegeben, falls diese, was sie ja de iure könnten, ihn als den wahren Verpflichteten belangen würden, obgleich sie schon ihr Geld erhalten hätten.

In C 3, 31, 5 dagegen wird dem possessor die condictio ausdrücklich versagt und er darauf verwiesen, das geleistete „in restitutione (sc. hereditatis) detrahere". Hier liegt augenscheinlich der Gedanke zu grunde, der Erbschaftsbesitzer solle seine Ansprüche als Gegenansprüche gegenüber der hereditatis petitio des heres geltend machen.

Die hereditatis petitio ist begründet mit dem Augenblicke, da (Windscheid)[1] dem Erben die Erbschaft von einem dritten vorenthalten wird, ein Fall, der hier unzweifelhaft gegeben ist. Auf Grund dessen hat der heres gegenüber dem Erbschaftsbesitzer einen Anspruch auf Herausgabe der vorenthaltenen Vermögensmasse, die in complexu die hereditas bildet.

Gegenüber diesem Anspruch bestehen nun für den possessor eventuell Gegenansprüche, die ihm auf verschiedene Weise erwachsen können, vornehmlich aber auf Verwendungen beruhen, die der Erbschaftsbesitzer in die Erbschaft gemacht hat. Zu diesen Verwendungen gehören auch Zahlungen, die von seiten des possessor an Erbschaftsgläubiger erfolgt sind. Alle diese Gegenansprüche nun sind im Wege der Zurückbehaltung, der Retention, geltend zu machen. Auf einen derartigen Anspruch gegenüber dem wahren Erben wird also, wie gesagt, auch in unserer Konstitution der possessor verwiesen.

Also um es noch einmal zu wiederholen und auf das äußerte zu präzisieren: Antoninus gibt dem possessor einen Gegenanspruch gegenüber der hereditatis petitio des heres,

---

4. a. a. O. Bd III, § 611.

während Pomponius ihm eine condictio indebiti gegenüber den Gläubigern gewährt.

In der Hauptsache haben wir diese Antinomie des näheren zu behandeln. Zum Schlusse werden wir noch D 3, 5, 48 (49) zu erläutern haben diejenige Quellenstelle, die gemeinsam mit C cit. den übrigen Parallelstellen gegenüber steht.

## 2. Abschnitt.

## Darstellung und Kritik der entgegegenstehenden Ansichten.

### § 5.

### Gänzlich abwegige Theorien.

Schon in den Scholien zu den Basiliken wird unsere Frage diskutiert. Der Scholiast[1] hat den Widerspruch von C 3, 31, 5 zu den oben unter A zitierten Stellen erkannt und sucht eine ansprechende Lösung zu finden, freilich, wie wir gleich vorausschicken wollen, auf einem falschen Wege. Er zieht zunächst D 12, 6 (de cond. ind.) 44 heran, in der Paulus (das Fragment stammt aus dessen 14. Buche ad Plautium) den Satz aufstellt:

> Repetitio nulla est ab eo, qui suum recepit, tametsi ab alio quam vero creditore solutum est.

Die Stelle scheint ja vorzüglich zu C loc. cit. passen: Beide male wird übereinstimmend die condictio indebiti für ausgeschlossen erklärt. Dieser Umstand hat auch noch im späteren Mittelalter Juristen wie Charondas[2], Lopez[3], Grangianus[4] und später noch Schulting[5] und

1. a. a. O. Lib. 42, tit. 1, 63.
2. a. a. O. Lib. II, Kap. 15.
3. Kap. 13.
4. Kap. 19.
5. ad. Dig. 12, 6, 19 pr.

Cocceji[6] veranlaßt, die beiden Stellen mit einander in Verbindung zu setzen und den oben unter A zitierten gegenüber zu stellen. Allein wie Cujacius[7], Faber[8], Donellus[9], Noodt[10] u. a., ferner späterhin Glück[11] und Dernburg[12] nachgewiesen haben, ist D 12, 6, 44 auf einen Fall zu beziehen, wo jemand die Schuld eines anderen bezahlt in dem irrigen Glauben, er sei diesem dazu verpflichtet. Es ist zwar in der Stelle, wie Glück[13] ganz richtig bemerkt, nicht davon die Rede, daß die Zahlung im Namen des Schuldners erfolgte, es ist dies aber (so schon Donellus[14]) aus dem Sinne der Worte zu entnehmen. Wollte man diese Erklärung nicht acceptieren, so hätte man anzunehmen, daß Paulus in demselben Werke (ad Plautium) für dieselbe Frage zwei einander stricte widersprechende Erklärungen gegeben hätte, da in D 12, 6, 65, 9 (zit. oben unter A) eine condictio zugebilligt wird, ein Ergebnis, das wohl schwerlich als das richtige, noch viel weniger aber als befriedigend anzusehen ist. Wir haben uns also der Erklärung Glücks, die heute als unbestritten gilt, anzuschließen. In diesem Falle hat der leistende natürlich keine condictio indebeti, er kann vielmehr nur gegen den Schuldner der actio negotiorum gestorum sich bedienen. Dieser Fall hat, wie ersichtlich, mit unserer Frage nichts zu tun, seine Heranziehung durch die älteren Juristen ist als verfehlt anzusehen, die Stelle kann füglich aus der Betrachtung ausgeschieden werden.

---

6. a. a. O. ad. D 12, 6 quaestio XIII.
7. Observ. Lib. 8 Kap. 9.
8. Rational. in l. 44 D. 12, 6.
9. Lib. 14, Kap. 13, VII.
10. Comm. ad. D. 12, 6 (cond. ind.) S. 300.
11. a. a. O. Bd. XIII. S. 86 ff.
12. a. a. O. Bd. II S. 380.
13. a. a. O.
14. a. a. O.

Im übrigen erklärt dann der Basiliken-Scholiast die C cit. dahin, daß die Konstitution zu verstehen sei „de herede re vera scripto, qui in iudicio querelae inofficiosi testamenti victus est, ut, cum debitor sit, condictionem non hebeat". So scharfsinnig diese Erklärung auch ausgedacht ist, so fällt sie doch in sich zusammen, da sie vor dem klaren Wortlaute der Stelle nicht bestehen kann. Ist doch in dem Rescript ausdrücklich von einem possessor der Erbschaft die Rede und von dem heres, der sie ihm evinciert!

## § 6.

### Die Theorie des Cujacius.

Das Verdienst, zuerst in wissenschaftlicher Weise die Frage untersucht zu haben, gebührt den Glossatoren (Azo) und dem, mit dessen Name das Wort Glosse κατ' ἐξοχήν verbunden ist, Accursius[1].

Cujacius[2] hat dann eine dogmatische Darstellung von der Lösung der Glossatoren gegeben, und an seinen Namen ist dieselbe dann im Laufe der Jahrhunderte geknüpft geblieben. Er hat aber auch zum ersten Male das gesamte Quellenmaterial zusammengestellt und in der Weise, wie bei der Zitierung oben unter A und B angegeben, in zwei Gruppen geschieden. Cujacius hat nun bei der Betrachtung der Stellen sein Augenmerk vornehmlich darauf gerichtet, daß in mehreren der unter A aufgeführten Fragmente als Grund für die condictio indebiti der Umstand angeführt wird, der zahlende habe suo nomine geleistet. Hieraus folgert Cujacius, daß, wenn in anderen Stellen die condictio ausgeschlossen werde, hier der zahlende wohl hereditario

1. Corpus iuris glossatum, glossa ad l 31 D. de hered. pet. (5, 3).

2. Commentarii, In Tit. XXXI 1. 5 De Pet. Her, Lib. III. Codicis. Ad. c. ult. C. eod.

Ad Africanum Tractatus VIII, ad l· ult. de neg. gest. Eod., Tract. VII, ad. 1. 38, 2 de solut.

nomine geleistet haben müsse. Die Theorie, die Cujacius hierauf aufbaut, lautet demnach folgendermaßen: bei der einen Gruppe von Stellen zahlt der leistende, wie in den Quellen teilweise ausdrücklich gesagt wird, suo nomine, im eigenen Namen. Wenn sich dann später herausstellt, daß er selbst nicht Schuldner der Verbindlichkeit war, daß nicht er selbst, sondern ein anderer heres ist, so hat er ein indebitum geleistet, das er condicieren kann; der wahre Schuldner der Verbindlichkeit aber, der verus heres, ist durch diese Leistung keineswegs frei geworden, seine Verbindlichkeit besteht ungemindert fort. Dem steht D 5, 3, 31 pr. nicht entgegen: Der falsus heres kann hier gegen Abtretung seiner condictio indebiti dem verus heres bei Herausgabe der hereditas das geleistete abziehen; anderererseits ist dann der verus heres gegen eine nochmalige Forderung der Gläubiger ohne weiteres durch eine exceptio doli geschützt.

In C 3, 31, 5 und D 3, 5, 48 (49) dagegen ist von Zahlung suo nomine keine Rede. Zur Lösung des Widerspruches ist hier anzunehmen, daß der vermeintliche Erbe hereditario nomine zahle. Es wird hier nicht für den falsus heres der animus negotia alinea gerendi vorausgesetzt, sondern nur die Absicht, die Angelegenheiten nicht zunächst für seine Person zu besorgen, sondern für den Erben schlechthin. Dann sind alle Schwierigkeiten behoben; durch die Leistung hereditario, nicht suo, nomine wird der verus heres, gleichviel, wer es nun sein mag, liberiert; der zahlende hat dann keine condictio indebiti gegen die Gläubiger, die ja „suum receperunt", kann sich aber bei Herausgabe der hereditas das gezahlte abziehen, mag dies nun im Wege der Retention oder der Kompensation erfolgen.

In ähnlicher Weise hat Zasius[3], wie Oertmann[4] an-

3. a. a. O. Kap. XIX. (Opera omina Bd. V).
4. a. a. O. S. 460 ff.

gibt, den Satz aufgestellt, bei der Erbschaft geschehe die Zahlung bald „solum ex persona solventis, qui nihil debebat“ (und nur alsdann gelte Rückforderung), bald „etiam ex re, id est hereditatis, quae obligata fuit“.

Dieselbe Lösung geben Faber[5] und Noodt[6], ersterer noch mit dem Bemerken, daß es im übrigen gleichgültig sei, ob hereditario nomine mit Mitteln der Erbschaft oder mit eigenen Mitteln gezahlt werde. Auch Muncke[7] und Roßhirt[8] schließen sich übrigens bei Behandlung unserer Stellen der Theorie des Cujacius an.

In eingehender Darstellung hat sich von den alten Schriftstellern außer Cujacius nur noch Donellus[9] mit der Frage beschäftigt. Er bringt, wie Faber und Noodt, dieselbe Lösung wie Cujacius, ohne daß übrigens (es entspricht dies einer Gepflogenheit der Schriftsteller jener Zeit) einer von dem andern Erwähnung tut. Donellus hat aber bei Behandlung unserer Stellen noch einen Schritt weiter getan; er hat eine Frage aufgeworfen, welche von diesem Zeitpunkte an die Köpfe aller derer, die sich mit diesen Dingen eingehender abgaben, unablässig beschäftigt hat, die dann in der Literatur immer wieder behandelt wird und in deren Verfolg die Anhänger der Cujacius-Donellusschen Theorie, wie unten des näheren zu zeigen, sich wieder in drei Lager gespalten haben: die Frage nämlich, wie es möglich sei, daß eine bonae fidei possessor, um den es sich doch in unseren Stellen immer handelt, nomine hereditario leisten könne, oder von welchem Zeitpunkte oder unter welchen Bedingungen eine solche Zahlung zu vermuten sei. Donellus selbst beantwortet die Frage dahin,

---

5. a. a. O. ad l 31 D. de her. pet. (5, 3).
6. a. a. O. ad tit. Dig. de her. pet. Opera omnia Bd. II.
7. a. a. O. Kap. III.
8. a. a. O. Bd. II. S. 26 ff.
9. a. a. O. Lib. 19, Kap. 15, § 21 ff.

daß der possessor zahle in einem Falle „cum coeperit dubitare de suo iure, lite forte cum eo contestata, vel controversia ei mota de hereditate".

Auch Arndts[10] sucht darzulegen, daß eine Zahlung hereditario nomine von seiten des bonae fidei possessor durchaus nicht so fern liege, wie es den Anschein haben könnte. Aehnlich wie Donellus bezieht er das „hereditario nomine solvere" auf Fälle, in denen der Erbschaftsbesitzer „in Voraussicht der Möglichkeit einer künftigen Bestreitung seines Erbrechtes die Zahlung ausdrücklich im Namen der Erbschaft, wem dieselbe auch zukommen möge, leistet, indem er dem Gläubiger gegenüber jedenfalls nur als Vertreter der Erbschaft handelt".

Ungefähr derselben Ansicht ist Bekker[11], der sich anläßlich der Besprechung von Franckes Kommentar (s. u.) mit der Frage beschäftigt hat. Auch Brinz[12] läßt den possessor in dem Reskript des Antoninus als Repräsentanten der Erbschaft zahlen, ohne im übrigen näher auf die Frage einzugehen.

Ruhstrat[13] hat dann aufs neue versucht, Gründe für die Cujacius'sche Theorie beizubringen. Er weist darauf hin, daß sehr wohl Fälle eintreten können, in denen zwar der Erbschaftsbesitzer selbst von seinem Erbrechte überzeugt ist, der Nachlaßgläubiger „es aber zweifelhaft finde und es ablehnt, eine vielleicht anfechtbare Zahlung anzunehmen". In einem solchen Falle sei es dann sehr wohl möglich, daß der bonae fidei possessor sich erbietet, für den Fall, daß er nicht Erbe sein sollte, im Namen der Erbschaft zu zahlen. Ruhstrat stützt seine Beweisführung besonders darauf, daß eventuell der Erbschaftsbesitzer, wenn er ohne den mehrfach erwähnten Zusatz zahlte, vom Gläu-

10. a. a. O. S. 230, Anm. 132. (bei Weiske).
11. a. a. O. S. 312 ff.
12. a. a. O. § 304 (S. 544, Anm. 16).
13. a. a. O. S. 366 ff, bes. S. 417 ff. (Bd. 67).

biger fordern könnte, daß dieser die für die Forderung haftenden Pfänder oder Bürgen aus der Verbindlichkeit entlasse; wenn dann dem possessor die Erbschaft evinziert werde und er von dem Gläubiger das gezahlte condiciere, so sei nunmehr der creditor schlechter gestellt, da ihm die pfandmäßige oder bürgschaftsmäßige Sicherung für seine Forderung fehle.

Schließlich hat dann noch Oertmann[14], der im übrigen auf Ruhstrat Bezug nimmt, in dem Streite für die Ansicht des Cujacius Stellung genommen.

Gegen die Theorie des Cujacius und seiner Anhänger sind in der Folgezeit zahlreiche Einwendungen erhoben worden, welche, wie uns scheint, die Unhaltbarkeit dieser Ansicht in jeder Beziehung treffend erwiesen haben. Schon der Ausdruck „hereditario nomine" ist angreifbar. Dieser Ausdruck findet sich, wie schon Kämmerer[15] betont hat, in den Quellen niemals als Bezeichnung für den Erbschaftsbesitzer oder besser für einen, der objektiv nicht Erbe ist, vielmehr wird hiermit immer nur der wahre Erbe bezeichnet[16]. Indes, dies wäre nur eine Aeußerlichkeit; man könnte leicht für dieselbe Sache einen korrekteren Ausdruck wählen. Zum Beispiel hat sich Bekker[17] hierum bemüht, und sich schließlich für die Formel: „solvo quae tibi defunctus debebat" entschieden. Aber die Unterscheidung von Zahlungen suo nomine und hereditario nomine hat an und für sich große Bedenken. Es darf doch wohl nicht außer Acht gelassen werden, mit welcher Künstelei und Unnatürlichkeit die Theorie des Cujacius arbeitet, wenn sie jene Unterscheidung aufstellt. Sie steht denn auch der praktischen Lebenserfahrung durchaus entgegen. Praktisch

14. a. a. O. S. 460 ff. bes. S. 470 ff.
15. a. a. O. S. 180 ff. bes. S. 189 ff.
16. Vgl. jetzt Seckel-Heumann s. v. heres hereditarius.
17. a. a. O. S. 312 ff.

liegt doch die Sache so, daß der possessor hereditatis, wie Vangerow[18] mit Recht hervorgehoben hat, wenn er von Nachlaßgläubigern belangt wird, sich nicht überlegt, ob er suo oder hereditario nomine zahlt; er befriedigt als bonae fidei possessor die Forderungen der Gläubiger, da er sich als Erben für den nunmehrigen Schuldner hält. Gut hat dies Chambon[19] ausgesprochen, wenn er sagt: „Es ist eine notwendige Folge der bona fides, daß sich bei dem bonae fidei possessor seine eigene und die Person des Erben vollständig identifiziert, und eben deshalb ist es für ihn unmöglich, erbschaftliche Schulden nomine hereditario zu zahlen, ohne zugleich suo nomine zu handeln. Er kann sich sehr wohl seine eigene Person ohne die Eigenschaft als Erbe denken, nicht aber diese Qualität als von seiner Person getrennt betrachten.“ Zahlreiche Schriftsteller haben dies auch erkannt und sich demnach bemüht, zur Lösung der Widersprüche zwischen den verschiedenen Quellenstellen eine annehmbare Formel zu finden.

## § 7.

### Die Ansicht Glücks.

So hat Glück[1] sich wieder, nach dem Vorgange von Donellus, die Frage vorgelegt, wie es vielleicht doch möglich sei, daß der bonae fidei possessor hereditario nomine zahle. Glück hat sich die Erklärung von Donellus aus den oben angegebenen Gründen nicht zu eigen machen können, er ist vielmehr durch diese Ueberlegung zu einer neuen Ansicht gekommen, die in der Folge zahlreiche Anhänger gewonnen hat. Glück bezieht nämlich zur Lösung des Widerspruches die Zahlung im Falle von C zit. auf

18. a. a. O. Bd. II § 508 (S. 355).
19. a. a. O. S. 149 f.
1. a. a. O. S. 86 ff.

die Zeit nach Erhebung der hereditatis petitio, oder, wie er sich ausdrückt, „auf den Fall, wo der Besitzer der Erbschaft im Namen des Erben, der sich etwa schon gemeldet, Zahlung geleistet hat“. Aehnlich drückt sich Kämmerer[2] aus, indem er sagt, suo nomine erfolge die Zahlung des possessor hereditatis nur zu der Zeit, da noch nicht die hereditatis petitio gegen ihn angestellt sei (D 12, 6, 19, 1 und 65, 9 eod.), dann freilich ohne die Kraft, den verus heres von der Verbindlichkeit zu befreien. In C 3, 31, 5 dagegen werde erst nach Erhebung der Erbschaftsklage die Nachlaßverbindlichkeit berichtigt, und hier habe die Zahlung die stärkere Wirkung, den heres zu liberieren und demnach einen Gegenanspruch gegenüber der hereditatis petitio zu begründen. Dies werde (so fährt Kämmerer fort) durch verschiedene Umstände wahrscheinlich gemacht. Einmal rein äußerlich dadurch, daß die Stelle in dem Codex-Titel „de petitione hereditatis“ steht. Dann aber heißt es in dem Rescripte ausdrücklich: „si contra te pronuntiatum est“, Antoninus hat also den Fall so gedacht, daß die Entscheidung darüber, wem die Erbschaft zustehe, schon in der Vergangenheit gefallen sei. Außerdem ist in C 3, 31, 5 von einem bonae fidei possessor die Rede. Wenn er nun vor Anstellung der Erbschaftsklage Gläubiger befriedigt, so findet nach Kämmerer D 5, 3, 31 pr. Anwendung: Er hat die Wahl, die condictio indebiti anzustrengen oder dem petitor gegen Zession seiner condictio das gezahlte anzurechnen. Hier braucht er seine bona fides nicht zu beweisen; er hat freie Verfügung über die Erbschaftsgegenstände. Anders aber, nachdem die hereditatis petitio gegen ihn angestellt worden ist. In einem solchen Falle hat er seine bona fides zu beweisen; C 3, 31, 5 hebt dies nun ausdrücklich hervor, und das ist für Kämmerer ein Beweis dafür, daß man dieses Reskript auf

2. a. a. O. S. 180 ff., bes. S. 196 ff.

einen solchen Fall beziehen muß. Als weiteres Argument für seine Ansicht zieht er dann C 3, 31, 12, 1 heran, die im Auszuge folgendermaßen lautet:

(Justinian a. 531):

Sin autem ex contractibus defuncti agatur contra possesorem hereditatis. . . . Postquam etenim hereditatis iudicium finem accipiat, tunc inter petitorem hereditatis et possesorem rationibus contractis non aliter possessor, si victus fuerit, hereditatem restituere compellitur, nisi pro omnibus, quae rite ab eo gesta sunt, petitor ei satisfaciat. — Quod si petitor fuerit victus, simili modo a possessore iudicis officio ei satisfiat vel, si hoc fuerit praetermissum, negotiorum gestorum vel ex lege condictione.

Wie man sieht, wird in dieser Stelle dem possessor ebenfalls eine Ersatzforderung gegenüber dem petitor zugebilligt (ob übrigens auch eine Klage, ist in der Literatur streitig), und hier handelt es sich augenscheinlich um einen Fall, in dem die Gläubiger während des Erbschaftsstreites Befriedigung erhalten. Die Stelle würde also nach Kämmerer mit C 3, 31, 5 zusammenzustellen sein, zumal, da beide in demselben Titel stehen. Auch Francke[3] hat sich dieser von Glück begründeten Theorie ausgeschlossen, indem auch er auf C 3, 31, 12 bezug nimmt.

Diese Lehre hat aber ebenfalls mit Recht lebhaften Widerspruch hervorgerufen. Insbesondere hat Chambon[4] betont, daß durch Kämmerers Interpretation C 3, 31, 5 von dem Belieben des Schuldners abhängig gemacht wird, insofern, als der Schuldner, wenn er bei der Leistung erklärt, er leiste suo nomine, das gezahlte eventuell nachher condicieren kann, während er bei Zahlung hereditario nomine sich nur an den verus heres zu halten vermag, ein Zu-

3. a. a. O. S. 322 ff.
4. a. a. O. S. 149 ff.

stand, der dem Willen des Gesetzgebers unmöglich entsprechen kann.

Und worauf gründet sich diese Theorie? Glück selbst hat ja eine Begründung seiner Ansicht kaum gegeben, obgleich die letztere doch als ziemlich willkürlich bezeichnet werden darf. Kämmerers Stützpunkte aber ließen sich durchweg für die entgegengesetzte Meinung in Anspruch nehmen. So, wenn sich Kämmerer auf den Wortlaut von C 3, 51, 5 beruft. Hier ist z. B. nach Chambon[5] in den Worten „exsolvisse te bona fide probaveris" ausgesprochen, daß die Zahlung schon in einem früheren Zeitpunkte erfolgt ist. Wenn Kämmerer aus der in diesen Worten liegenden Verteilung der Beweislast schließt, daß hier ein bonae fidei possessor nach Anstellung der hereditatis petitio gemeint sei, so entgegnet dem Chambon (und, wie uns scheint, mit Recht), daß dabei die bona fides nur auf das Erbrecht, nicht aber auf die Rechtmäßigkeit der Zahlung zu beziehen sei. Was dann die Heranziehung von C 3, 31, 12 von seiten Kämmerers betrifft, so hat Chambon wiederum mit Recht hervorgehoben, daß hier ein ganz anderer Fall vorliegt, der mit C 3, 31, 5 nicht zusammengebracht werden darf. In C 3, 31, 12 hat Justinian von vornherein zwei Fälle, die möglich sind, aufgestellt. „Hier darf der frühere Besitzer die gezahlten Erbschaftsschulden von dem siegreichen petitor dann mit der negotiorum gestorum actio zurückfordern, wenn er mit dem ausdrücklichen Bemerken gezahlt hat, daß er für den Erben, dessen Person noch ungewiß sei, handle. Wurde diese Verwahrung nicht eingelegt, so findet condictio statt. Justinian macht also nicht, wie, nach Kämmerers Meinung, Antonin, seine Entscheidung von einer nicht weiter erwähnten Erklärung des zahlenden abhängig, er gibt vielmehr in Gemäßheit der Fälle, die eintreten können, die eine oder die andere Klage.

---

5. a. a. O. S. 149 ff.

## § 8.

### Die Ansicht Vangerows.

Aus allen diesen Erwägungen heraus ist dann Vangerow[1], wie man wohl sagen kann, resignierend dazu gekommen, auf eine rationelle Erklärung des Widerspruches zwischen C 3, 31, 5 und den anderen Fragmenten, insbesondere D 12, 6, 19, 1 zu verzichten, und C zit. einfach aus einem Mißverständnisse zu erklären. Wenn Vangerow für die gemeinrechtliche praktische Anwendung des justinianeischen Rechtes der Ansicht Glücks sich anschließt und jene Unterscheidung von Leistungen suo und hereditario nomine für den Fall der Zahlung nach Klaganstellung acceptiert, so ist dies für uns, die wir es mit dem reinen römischen Rechte zu tun haben, ohne Bedeutung. Das wesentliche für uns ist, wie sich der Gelehrte die Entstehung des Antonin'schen Rescriptes erklärt. Vangerow erklärt nun, wie gesagt, C zit. einfach aus einem Irrtume, und zwar aus einer irrtümlichen Auslegung der bereits oben behandelten D 12, 6, 44. Diese Stelle ist ja unstreitig von einem Falle zu verstehen, da jemand in dem Glauben, dem wahren Schuldner dazu verpflichtet zu sein, dessen Verbindlichkeit berichtigt. Dies habe nun Caracalla falsch aufgefaßt. Er habe den Ausspruch jenes Fragmentes allgemein genommen und sei hierdurch zu seinem Reskripte veranlaßt worden. Dieser, um es zu wiederholen, resignierenden Erklärung hat sich dann die Mehrzahl der neueren Pandektisten angeschlossen, wie Chambon[2], Erxleben[3], Witte[4], Pacchioni[5]. Dasselbe hat man wohl von Wind-

1. a. a. O. Bd. II, § 508 (S. 355).
2. a. a. O. S. 149 ff.
3. a. a. O. Abt. I, S. 154.
4. a. a. O. S. 27.
5. a. a. O. S. 45 ff.

scheid[6] anzunehmen, der für unsere Frage auf Vangerow verweist.

Man wird unbedingt zugeben müssen, und das haben wohl auch Vangerow und die anderen gefühlt, daß eine solche Erklärung stets nur als ultima ratio angesehen werden kann. Eines läßt sich insbesondere noch gegen Vangerow anführen: Unter den kaiserlichen Konstitutionen hat man bekanntlich zwei große Gruppen zu unterscheiden, die Erlasse, die in die Zeit unter und vor Diocletian fallen, und diejenigen, die zur Zeit Constantins und nach ihm gegeben worden sind. Die ältere Gruppe enthält noch viel von dem alten Geiste der klassischen Juristen, während die späteren Erlasse deutlich die Spuren des Verfalls der Wissenschaft an sich tragen. In C 3, 31, 5 haben wir nun (es ist, wie mehrfach erwähnt, ein Reskript Antonins) eine Konstitution vor uns, die aus der guten Zeit stammt. Damals wurden noch die Erlasse gut und sorgfältig redigiert, die Redaktion lag unzweifelhaft in der Hand geschulter Juristen, wir glauben also, daß man, wie gesagt, einen Irrtum Antonins (oder besser seiner Geheimen Räte) nur im äußersten Notfalle annehmen darf.

## § 9.

### 3. Abschnitt.

### Eigene Ansicht.

Alle Versuche, unsere Stelle zu erklären, die bisher vorgetragen wurden, haben sich also bei näherer Untersuchung als nicht haltbar erwiesen. Und wenn man nach dem Grunde dieses merkwürdigen Ergebnisses fragt, wenn man sich überlegt, wie es kommt, daß selbst so scharfsinnige Exegeten, wie Cujacius, ein so unbefriedigendes

6. a. a. O. Bd. II, § 426, Anm. 10 (S. 895).

Resultat zu verzeichnen hatten, so kommt man zu dem Satze, daß alle die zahlreichen Schriftsteller, die sich an der Stelle versuchten, einen falschen Ausgangspunkt genommen haben. Alle Schriftsteller haben sich in, man muß wohl sagen, kurzsichtiger Weise damit begnügt, die verwandten Stellen des corpus iuris zusammenzustellen und an der Hand dieser Stellen nach einer Lösung zu suchen; sie haben damit unserer Ansicht nach den Grundgedanken der ganzen Sache verkannt. Im Gegensatze hierzu scheint uns, als ob der richtige Weg zum Verständnisse von C 3, 31, 5 in ganz anderer Richtung zu suchen sei; wir meinen, daß nur aus der historischen Entwicklung des römischen Rechtes heraus eine Lösung der Schwierigkeit gefunden werden kann[1]. C 3, 31, 5 ist unserer Ansicht nach allein aus der Rechtsentwicklung der Jahrhunderte heraus zu verstehen, sie ist allein zu verstehen aus dem Gegensatze der beiden Grundpfeiler des römischen Erbrechtes, der hereditas und der bonorum possessio. Um die Gedankengänge unserer Doktrin darlegen zu können, müssen wir zuvor einige Grundsätze des römischen Erbrechtes hier wiedergeben.

Der Gegensatz von Zivilrecht und prätorischem Recht, der im römischen Rechte allgemein eine so große Rolle spielt, hat im Erbrechte geradezu zu einem Dualismus, wie Kohler sagt, zu einer doppelten Rechtsordnung, geführt: Hier wird mit hereditas das Erbrecht nach jus civile, mit bonorum possessio das Erbrecht nach jus gentium bezeichnet[2]. Die Entstehung der bonorum possessio gehört bekanntlich zu den bestrittensten Fragen des römischen Rechtes; da sie für unsere Sache nicht in Betracht kommt, so brauchen wir hierauf nicht einzugehen. Zur Zeit der

1. Das folgende im Anschluß an Kohler: Lehrb. Bd. I, S. 34. Jahrb. f. Dogm. Bd. 25, S. 100 ff.

2. Vgl. zum folgenden Leist, Bonorum possessio Bd. I. u. Bd. II. pass.; Glück, Serie 37 u. 38 pass.

klassischen römischen Juristen, die für uns allein in Frage steht, finden wir beide Rechtsinstitute voll entwickelt. Sie unterscheiden sich besonders durch die Art, wie sie erworben werden. Während die hereditas wenigstens den sui ipso iure anfiel (bei extranei heredes war ja aditio hereditatis nötig), wurde die bonorum possessio stets nur durch agnitio, durch Erbittung vom Prätor, erworben. Man hat nun (außer bonorum possessio secundum tabulas, contra tabulas und ex intestato; wir haben es nur mit der letzteren zu tun) bonorum possessio iuris civilis supplendi, adiuvandi und corrigendi gratia zu unterscheiden; die drei Arten kennzeichnen sich schon durch ihre Namen. Was insbesondere die bonorum possessio iuris civilis supplendi gratia betrifft, so dient sie dazu, Lücken des zivilen Rechtes zu ergänzen. Sie steht insofern den beiden anderen Arten der bonorum possessio gegenüber, als sie möglicherweise später wieder ihre Kraft verliert. Da sie nämlich in Ermangelung eines zivilen Erben verliehen wird, so wird sie kraftlos, wenn sich nachträglich der zivilrechtliche Erbe findet. Wenn dann der heres die hereditatis petitio gegen den bonorum possessor anstellt, so muß dieser ihm weichen. Seine bonorum possessio wird zur bonorum possessio sine re, während sie im Gegensatze hierzu in den anderen Fällen als bonorum possessio cum re bezeichnet wird[3]. Der bonorum possessor wird nun in allen Fällen wie ein Erbe behandelt. Zur Erlangung der Erbschaft von einem dritten dient ihm das interdictum quorum bonorum; er kann die Erbschaftsschulden eintreiben; die Nachlaßgläubiger können von ihm Befriedigung ihrer Forderungen verlangen. Zur Durchsetzung der Ansprüche des bonorum possessor gegen Schuldner wie zur Durchsetzung der Ansprüche der Gläubiger gegen ihn werden vom Prätor die üblichen Klagen

3. Leist, bonorum possessio, Bd. I S. 224 ff. Bd. II S. 202 u. 228. Glück, Serie 37/38. Bd. I. S. 366 ff.

ficticisch erteilt. Man sieht schon, wo diese ganzen Ausführungen hinaus wollen: Einen Fall der bonorum possessio haben wir, wie Kohler[4] unserer Ansicht nach überzeugend nachgewiesen hat, in C 3, 31, 5 vor uns; und zwar handelt es sich um eine bonorum possessio sine re. Der zivilrechtliche Erbe, der heres, hat sich nicht rechtzeitig gemeldet: Entweder nahm man an, daß überhaupt kein zivilrechtlicher Erbe vorhanden sei, oder er hat so lange gesäumt, bis der Prätor nach der vorgeschriebenen Zeit (ein annus utilis bei Ascendenten und Descendenten, centum dies utiles bei sonstigen Berechtigten) dem, der durch agnitio darum nachsuchte, die bonorum possessio erteilt hatte.

Nun heißt es in unserer Stelle, der possessor (wie wir sagen: der bonorum possessor) hat Nachlaßgläubiger, die sich mit ihren Forderungen an ihn wandten, befriedigt, und diese Zahlungen haben den heres von der Verbindlichkeit befreit; der bonorum possessor kann das gezahlte von den Gläubigern nicht condicieren. Nach unserer Auslegung der Stelle trifft alles dies vollkommen zu. Der bonorum possessor hat mit vollem Recht die Gläubiger befriedigt, er war sogar hierzu verpflichtet, die Gläubiger hätten von ihm die Berichtigung ihrer Forderungen mittels ficticischer Klagen, die ihnen der Prätor gibt, verlangen können. Wenn dann der heres mit der hereditatis petitio die Erbschaft vom bonorum possessor in Anspruch nimmt, wenn dann die bonorum possessio sich zur bonorum possessio sine re gestaltet, so wird trotzdem im Verhältnis zu den Gläubigern der Erbschaft nichts geändert. Die Forderungen der Gläubiger sind juristisch korrekt erfüllt, eine Rückforderung findet nicht statt. Es liegt dies daran, daß trotz aller Verschiedenheiten hereditas und bonorum possessio eng miteinander verwachsen sind, und ferner daran, daß eben, wie gesagt, der bonorum possessor zur Befrie-

4. a. a. O.

digung der Nachlaßgläubiger verpflichtet ist, obgleich seine bonorum possessio sine re ist, obgleich die Erbschaft objektiv einem anderen zusteht.

Man wird zugeben müssen: diese Auslegung von C 3, 31, 5 steht mit den Grundgedanken des römischen Rechtes in vollem Einklange, sie läßt sich durch die Sätze über die bonorum possessio durchaus rechtfertigen, und last not least, sie beruht auf einer tieferen Auffassung des römischen Rechtes, auf einer mehr juristisch logischen Durchdenkung des Problems als die Ansichten, die oben vorgetrgen wurden.

Dazu kommt noch, daß sich zur Unterstützung unserer Ansicht eine Quellenstelle anführen läßt, welche die Frage zur Gewißheit entscheidet, wir meinen D 46, 3, 95, 8. Diese Stelle stammt von Papinian, dessen Name mit dem Caracallas (von diesem rührt ja C 3, 31, 5 her) in so unseliger Verbindung steht. Der Anfang von D 46, 3, 95, 8 nun lautet:

> Si creditor debitoris hereditatem ad se non pertinentem possedit et tantum ad eum pervenit, quantum, si quilibet alius bonorum possessor ei solveret, liberaret heredem. . . .

Hier ist klar und deutlich ausgesprochen, daß der heres befreit wird, wenn der bonorum possessor, der objektiv eben nicht Erbe ist, Nachlaßgläubiger befriedigt. Wir haben also genau unseren Fall vor uns. In C 3, 31, 5 ist nur der Text insofern verderbt, als es wohl ursprünglich statt „quam bona fide possidebas" einfach geheißen hat „quam possidebas".

Somit glauben wir also C 3, 31, 5 erklärt zu haben, indem wir sie als einen Fall der bonorum possessio sine re bezeichnen. Selbstverständlich steht hierzu ein Fall wie der in D 12, 6, 19, 1 dargestellte im schärfsten Gegensatz. Hier ist einfach, wie auch in den anderen oben unter A zitierten Stellen, die Regel des römischen Rechtes

ausgesprochen, daß, wer etwas Nichtgeschuldetes leistet, dieses condicieren kann, und daß, wenn das geleistete von einem anderen wirklich geschuldet wird, der letztere durch eine solche Leistung nicht von seiner Verbindlichkeit befreit ist. In D 12, 6, 19, 1 u. a. insbesondere handelt es sich um einen bloßen possessor hereditatis, auf den, da er nicht bonorum possessor ist, die Sätze über die bonorum possessio natürlich keine Anwendung finden. Nicht der Besitzer als solcher, sondern lediglich der Erbe, als derjenige, der die Persönlichkeit des Erblassers fortsetzt, ist zur Berichtigung der Verbindlichkeit verpflichtet. Der possessor vertritt nun den verschiedenen debitor nur irrtümlicherweise, seine Zahlung kann demnach keine schuldtilgende Wirkung haben.

In C 3, 31, 5 dagegen haben wir eine Ausnahme von der Regel vor uns, die in der vorgetragenen Weise zu erklären ist.

Wenn es also scheint, als ob C 3, 31, 5 und D 10, 6, 19, 1 denselben Tatbestand bringen, so ist dies eben nur ein Schein; in Wahrheit sind die beiden Tatbestände sehr verschieden. Daher kann es nunmehr nicht weiter verwundern, wenn die Entscheidungen der beiden Quellenstellen vollkommen entgegengesetzt lauten.

## § 10.

### Anhang: Erläuterung von D 3, 5, 48 (49).

Zum Schlusse des ersten Teiles unserer Ausführungen, der unsere Frage vom Standpunkte des römischen Rechtes aus behandelt, haben wir noch die andere Stelle zu behandeln, die gemeinsam mit C 3, 31, 5 den anderen Quellenstellen gegenübersteht, wir meinen D 3, 5, 48 (49). Die Regelwidrigkeit der letzteren Stelle hat stets besondere Schwierigkeiten gemacht, weil wir in D 46, 3, 38, 2 eine

Parallelstelle hierzu besitzen, in der ohne weiteres eine condictio indebiti gegeben wird, während doch beide Stellen von demselben Schriftsteller (Africanus, also nicht einem von den schlechtesten) und sogar aus demselben Werke (libri Quaestionum) stammen.

Der Text von D 3, 5, 48 (49) zunächst ist unsicher überliefert und damit von vorn herein der ganze Wert der Stelle in Frage gestellt. Die Florentina (und ihr haben sich, wie früher Kriegel, so später Mommsen und Krüger angeschlossen) bringt nämlich als Schluß der Stelle (diese selbst ist oben unter B zitiert) die Worte: quandoque de ea solutione liberarer (zu übersetzen mit „wenn"), d. h. diese Lesart stellt die Befreiung des wahren Berechtigten als eine Ausnahme von der Regel hin, die nur in bestimmten Fällen eintrete. Im Gegensatz hierzu bringen sämtliche Vulgathandschriften, die ja wahrscheinlich auf eine Mutterhandschrift, die bei Mommsen mit S bezeichnete, zurückgehen, und im Anschlusse an diese Haloander: quandoquidem ea solutione liberarer (zu übersetzen mit „da ja"). Hier wird also die Liberierung des heres schlechthin als Folge der solutio des possessor angegeben. Die letztere Lesart wird sogar, wie Kämmerer[1] und Vangerow[2] anführen, durch die Basiliken unterstützt, die hier als griechischen Text *Ἠλευθέρωμαι γάρ* geben.

Aber jedenfalls wird doch in D 3, 5, 48 (49) erwähnt, daß Fälle eintreten können, in denen durch Leistung eines Nichtverpflichteten der Verpflichtete seiner Verbindlichkeit ledig wird. Da hier eine bonorum possessio nicht anzunehmen ist, so haben wir die Stelle besonders zu erklären.

Die ältere Ansicht von Cujacius (sonst Leistung suo

---

1. a. a. O. S. 180 ff.
2. a. a. O. Bd. III. S. 504 f.
3. Lib. 17. Tit. 1 § 49.

nomine, hier hereditario nomine) ist mit Zimmermann[4] aus ähnlichen Gründen, wie für C 3, 31, 5, besonders aber deshalb zu verwerfen, weil in D 3, 5, 48 (49) unzweifelhaft, wenn die Ansicht des Cujacius richtig wäre, ausdrücklich hereditario nomine stehen würde.

Savigny[5] wieder hat die Ansicht vertreten, daß die condictio indebiti, die in den oben unter A zitierten Stellen dem leistenden zugebilligt wird, ihm an sich auch hier zustehe. Hier sei nur die condictio nicht erwähnt, und des weiteren „vorausgesetzt, daß es der zahlende vorzieht, die Zahlung als gültig anzuerkennen und seinen Regreß an den wahren Erben zu nehmen". Nach dem Vorgange von Unterholzner[6] hat dann auch Sintenis[7] und im Anschlusse an diesen auch Groskopff[8] und fast gleichzeitig Witte[9] den Satz aufgestellt, daß der leistende dann Regreß gegen den verus herus nehmen könne, wenn er auf die condictio gegenüber den Gläubigern verzichte und dadurch den Erben von der Verbindlichkeit befreie.

Diese Hypothese ist bereits von Ruhstrat[10] widerlegt worden. Ruhstrat hat mit Recht darauf hingewiesen, daß ein derartiger einseitiger Verzicht auf ein Forderungsrecht dem römischen Rechte durchaus fremd ist. Die Erklärung Savignys und seiner Nachfolger kann demnach nicht als annehmbar erscheinen.

Den richtigen Weg zur Erläuterung des Fragmentes hat Kämmerer[11] gewiesen. Er hat darauf aufmerksam gemacht, daß es sich hier um ein Legat handelt, eine Rechts-

---

4. a. a. O. S. 75.
5. a. a. O. S. 546.
6. a. a. O. Bd. II S. 29 ff.
7. a. a. O. Bd. II S. 585.
8. a. a. O. S. 103 ff.
9. a. a. O. S. 27.
10. a. a. O. S. 77. (Archiv Bd. 34).
11. a. a. O.

figur, auf die besondere Grundsätze Anwendung finden. Er stützt sich dann aber allein darauf, daß die eigenen Sachen (res propriae) des possessor vom Erblasser legiert sind. In einem solchen Falle sei dem possessor eine condictio nicht zu geben, weil der heres ja das Legat in anderer Weise gar nicht erfüllen könne. Diese Erklärung dürfte wohl kaum ausreichen, um die Singularität der Stelle zu begründen. Trotzdem hat sich ihm auch Vangerow[12] angeschlossen. Die Ansicht Kämmerers ist dann von Zimmermann[13] weiter geführt worden. Er hat richtig darauf hingewiesen, daß wir in D 3, 5, 48 (49) den Fall eines Damnationslegates vor uns sehen. Es sind ja res vermacht (und zwar certa relicta sunt), die weder dem Erblasser noch dem Erben, sondern einem Dritten gehören, ein besonders häufiger Fall des Damnationslegates. Dieser Art von Legaten ist es nun eigentümlich, daß darauf der Satz Anwendung findet: „lis infitiando crescit in duplum", d. h. sobald der verpflichtete die Verbindlichkeit leugnet und den berechtigten dadurch zwingt, auf Leistung des geschuldeten Klage zu erheben, so erhöht sich die Verpflichtung auf das doppelte (vgl. z. B. Gai. II. 282). Für unseren Fall haben wir uns die Sachlage etwa folgendermaßen zu denken: der possessor hat von dem Damnationslegate Kenntnis; er glaubt sich zur Erfüllung der Nachlaßverbindlichkeiten verpflichtet. Er weiß genau, wenn er gegen das Damnationslegat irgendwelche Bedenken erhebt, und diese Bedenken sich im Prozesse als unbegründet erweisen, so hat er das Doppelte zu leisten. Um dieser Gefahr zu entgehen, leistet er ohne Zögern, was ihm durch das Legat auferlegt ist. Nun stellt sich heraus, daß er selbst gar nicht Erbe war. Hier gewährt das Recht dem, der ein solches Damnationslegat erfüllt,

12. a. a. O. Bd. III S. 504 f.
13. a a. O. S. 75.

die singuläre Befugnis, sich das geleistete bei Herausgabe der Erbschaft abzuziehen bezw. verleiht es ihm eine actio negotiorum gestorum contraria gegenüber der directa des heres, so daß er nicht auf die condictio gegenüber dem Legatar angewiesen ist. Zimmermann selbst hält zwar diese Lösung für die richtige, er hat sich aber gescheut, sie als solche hinzustellen, da er glaubte, die eben entwickelten Sätze gelten nur, wenn es sich um certa pecunia handle.

Demgegenüber hat schon Schröder[14] darauf hingewiesen, daß durch Huschke[15] und Arndts[16] die Ausdehnung dieser Sätze auf alle Fälle des Damnationslegats festgestellt worden ist.

Die eben vorgetragene Auslegung der Stelle, der sich in der Hauptsache auch Brinz[17] angeschlossen hat und der insbesondere auch Kohler[18] gefolgt ist, kann wohl als die richtige angesehen werden. Man ersieht sofort, daß die Stelle mit derjenigen unseres Themas sehr wenig zu tun hat, daß beide vielmehr getrennt von einander interpretiert werden müssen. Auch hier haben wir zwar eine Ausnahme von der Regel des römischen Rechtes, daß in derartigen Fällen eine condictio gegeben sei, vor uns, sie steht jedoch mit der anderen Ausnahme, der von C 3, 31, 5, in gar keinem Zusammenhange.

---

14. a. a. O. S. 21 f.
15. a. a. O. S. 259.
16. a. a. S. 24. (Glück).
17. Bd. II. Abt. 2, § 321, Anm. 49. (S. 646).
18. Jahrb. f. Dogm. S. 102.

## Zweiter Teil.

# Abhandlung nach heutigem bürgerlichem Recht.

## § 11.

### 1. Kapitel.

### Juristische Struktur der Frage.

Wenn wir nunmehr dazu schreiten, den praktischen Fall, wie er sich in den behandelten Stellen uns darbietet, nach heutigem bürgerlichem Recht zu entscheiden, so liegt es wiederum nahe, zunächst die Frage, auf die das ganze abzielt, zu präzisieren. Diese Frage nun lautet, wie für das römische Recht, so auch für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches dahin, ob dem Erbschaftsbesitzer ein Gegenanspruch gegenüber dem Erbschaftsanspruche des Erben oder ein Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung gegenüber den Nachlaßgläubigern zu geben sei.

## 2. Kapiel.

## § 12.

### 1. Abschnitt.

### Die Ansprüche aus BGB. 2022 und 812.

Unter den Bestimmungen des BGB. über den Erbschaftsanspruch fällt uns sofort der § 2022 ins Auge, der auf unseren Fall Anwendung findet: „Der Erbschaftsbesitzer

ist zur Herausgabe der zur Erbschaft gehörenden Sachen nur gegen Ersatz aller Verwendungen verpflichtet.“ Der

Der Absatz 2 dieses Paragraphen bestimmt sogar noch ausdrücklich:

„„Zu den Verwendungen gehören auch die Aufwendungen, die der Erbschaftsbesitzer zur Bestreitung von Lasten der Erbschaft oder zur Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten macht.“

Der Tatbestand dieses Paragraphen ist ja unzweifelhaft gegeben; wir brauchen dies nicht näher zu erörtern (die Gutgläubigkeit des Besitzers, die ja in 2022 vorausgesetzt wird, ist in dem uns vorliegenden Falle ausdrücklich erwähnt). Dem Erbschaftsbesitzer wird also wegen seiner Verwendungen ein Zurückbehaltungsrecht an der Erbschaft gewährt (2022 I² 1000), mit der Folge, daß er die Herausgabe der Erbschaft verweigern kann, bis ihm das gezahlte ersetzt wird (1000, 273). Falls der Tatbestand von 387 gegeben ist, falls also beide Forderungen „ihrem Gegenstande nach gleichartig“ sind (es ist z. B. in der Erbschaft ein der gezahlten Nachlaßschuld entsprechender Geldbetrag vorhanden), kann der Erbschaftsbesitzer sich einfach durch Aufrechnung befriedigen. Außerdem wird ihm durch 2022 I² 1001 ein klagbarer Anspruch auf Erfüllung seiner Ersatzforderung gegeben; und schließlich kann er den Erben nach 2022 III eventuell mit einem Anspruche wegen ungerechtfertigter Bereicherung belangen, falls dies für ihn vorteilhafter ist. Ein Anspruch wegen Geschäftsführung ohne Auftrag (677.), der nach 2022 III ebenfalls zulässig wäre, kommt nicht in Frage, da 687 bestimmt, daß diese Vorschriften nicht zur Anwendung kommen, „wenn jemand ein fremdes Geschäft in der Meinung besorgt, daß es sein eigenes sei“; auch hier wird also auf eine condictio verwiesen.

Wie steht es nun mit einem Anspruche des Erbschaftsbesitzers gegenüber den Nachlaßgläubigern wegen unge-

rechtfertigter Bereicherung? BGB. 816 $I_2$ scheidet aus, weil die Verfügung des Erbschaftsbesitzers nicht unentgeltlich geschehen ist. Es kommt also nur BGB. 812 in Frage, der lautet:

„Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet."

BGB. 812 scheint auf unseren Fall zu passen; der Erbschaftsbesitzer hat an den Nachlaßgläubiger ohne rechtlichen Grund gezahlt, da er nicht Erbe und damit nicht Schuldner der Verbindlichkeit war.

Wie verhält es sich nun mit dem nebeneinander dieser beiden Ansprüche? Sind beide elektiv gegeben, derart, daß durch die Geltendmachung des einen die Geltendmachung des andern ausgeschlossen wird, oder ist der Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung dem Erbschaftsbesitzer zu verweigern?

Selbstverständlich wird der Erbschaftsbesitzer es in den meisten Fällen vorziehen, von dem Anspruche aus 2022 Gebrauch zu machen. Dieser geht auf die ganze Summe der Aufwendungen, er ist durch das Zurückbehaltungsrecht bedeutend verstärkt, und er wird, von geringen Ausnahmen abgesehen, da doch Geld in Frage steht, meist durch einfache Aufrechnungserklärung zu verwirklichen sein. Der Anspruch aus 2022 besitzt jedenfalls viel größere Kraft als der aus 812, der ja nach BGB. 818 III nur so weit durchdringt, als der Gegner noch bereichert ist, also entfällt, so weit dieser des empfangenen verlustig gegangen ist.

Aber trotzdem könnte doch der Erbschaftsbesitzer aus irgendwelchen Gründen es vorziehen wollen, die condictio gegenüber dem Nachlaßgläubiger anzustellen, und vor allem scheint ja BGB. 812 für unseren Tatbestand durchaus zuzutreffen. Wir haben also doch die Möglichkeit des Anspruches wegen ungerechtfertigter Bereicherung des näheren zu erörtern.

Kipp[1], der, so weit wir sehen können, als einziger unsere Frage behandelt, nimmt zu diesem Zwecke die Unterscheidung vor, ob der Erbschaftsbesitzer die Forderungen der Nachlßagläubiger aus eigenen Mitteln oder aus Mitteln der Erbschaft berichtigt hat, ein Verfahren, dem wir uns bei unserer Untersuchung anschließen wollen.

## § 13.

### Leistungen aus Mitteln der Erbschaft.

Betrachten wir zunächst den Fall, wo der Erbschaftsbesitzer mit Mitteln der Erbschaft geleistet hat. Hier ist[1] der Empfänger der Leistung möglicherweise gar nicht Eigentümer der geleisteten Sachen geworden. In diesem Falle könnte der Erbe dieselben einfach mit dem Eigentumsanspruch nach BGB. 985 herausverlangen. Meist wird jedoch der Empfänger Eigentümer geworden sein, entweder weil der leistende durch einen Erbschein nach BGB. 2353 ff. legitimiert ist und dem Empfänger infolgedessen der Schutz von BGB. 2366 zusteht, oder einfach deshalb, weil der Empfänger nach BGB. 932 auch von dem leistenden Nichtberechtigten in gutem Glauben Eigentum erwirbt (BGB. 935 ist ja ausgeschlossen).

Wenn nun der gute Glaube auf seiten des Nachlaßgläubigers vorhanden war und dieser Eigentümer der geleisteten Sachen geworden ist, so fragt es sich, wie es mit der condictio des Erbschaftsbesitzers steht. Wir glauben, diese condictio verweigern zu dürfen[2]. An und für sich scheint sie sich ja, wie oben angedeutet, aus BGB. 812 zu ergeben. Indes würde diese condictio nach BGB. 2019 I

1. Windscheid, Bd. III, § 613 Zusatz 3 S. 543. Lehrb. des Erbrechts § 68, V, 5 (S. 168 f.).
1. Ebenso Kipp. a. a. O.
2. Uebereintimmend Kipp a. a. O.
3. Ebenso Kipp.

dem Erben selbst zustehen[3]. Letzterer Paragraph bestimmt nämlich, daß der Erbschaftsbesitzer dem Erben auch alles das herausgeben muß, was er „durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt", es tritt also mit anderen Worten dingliche Surrogation hinsichtlich dieser Gegenstände ein. Der Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung würde dem Erbschaftsbesitzer also gar nicht zu gute kommen; mit seiner Entstehung würde er vielmehr sofort dem Erben zufallen. Daher ist es überflüssig, eine derartige Konstruktion anzunehmen; eine solche würde nur zu Umständlichkeiten und Umwegen führen. Viel praktischer ist es, einen Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung überhaupt nicht entstehen zu lassen und anzunehmen, daß der Erbe durch die Leistung des Erbschaftsbesitzers ipso iure befreit wird. Diese Konstruktion läßt sich nach BGB. durchaus rechtfertigen[4]. Man braucht nur BGB. 267 heranzuziehen, der besagt, daß, wofern nicht der Schuldner in Person zu leisten hat, auch ein dritter die Leistung bewirken kann. Die praktischen Ergebnisse dieser Regelung sind vollkommen befriedigend. Auch in dieser Hinsicht läßt sich sagen, daß ein Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung überflüssig wäre; er würde gänzlich unpraktisch sein. Da der Erbschaftsbesitzer mit Mitteln der Erbschaft geleistet hat, so wird er das geleistete einfach bei Herausgabe der Erbschaft abziehen und nicht einen Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Erbschaftsgläubiger geltend machen, zumal da dieser Anspruch, wie bereits betont, eben wegen seines Charakters, viel schwächer als der aus 2022 ist. Sonach ist der Erbschaftsbesitzer für den Fall, daß er mit Erbschaftsmitteln gezahlt hat, darauf beschränkt, seine Ansprüche gegenüber dem Erben geltend zu machen; eine condictio gegenüber dem Nachlaßgläubiger wird ihm versagt.

---

3. Ebenso Kipp.
4. Ebenso Kipp.

## § 14.

### Leistungen aus eigenen Mitteln.

Wie ist nun der Fall zu behandeln, wo der Erbschaftsbesitzer aus eigenen Mitteln die Nachlaßgläubiger befriedigt hat? Ist ihm hier die oben erwähnte condictio zu geben? Der Fall selbst zunächst ist sehr wohl denkbar. Es kann z. B. sein, daß in dem Nachlasse bare Geldmittel nicht vorhanden sind oder in Forderungen stecken, die zur Zeit nicht realisiert werden können. Unter diesen Umständen kann sich der Erbschaftsbesitzer veranlaßt sehen, mit eigenen Mitteln die Forderungen der Nachlaßgläubiger zu erfüllen, ganz abgesehen von dem Falle, daß er schon unbeschränkt für die Nachlaßverbindlichkeiten haftet.

Die Sätze über die dingliche Surrogation (BGB. 2019) würden nicht Platz greifen, da die condictio eben nicht mit Mitteln der Erbschaft erworben wäre.

In den meisten Fällen wird ja, wie bereits zu Anfang dieses Abschnittes näher ausgeführt ist, die Sache so liegen, daß der Erbschaftsbesitzer seine Ansprüche einfach gegenüber dem Erben geltend macht. Es wird dies in den allermeisten Fällen für ihn viel bequemer, vor allem aber auch viel sicherer sein, da doch, wie noch einmal betont sei, der Anspruch aus 812 nur auf die noch vorhandene Bereicherung geht. Es kann jedoch Fälle geben, in denen der Erbschaftsbesitzer ein erhebliches Interesse daran hat, statt des Anspruches aus 2022 den Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung gegenüber den Nachlaßgläubigern zu erheben. Nehmen wir z. B. an, beim Erbfalle habe der Nachlaß 12000 Mark betragen. Aus Gründen, wie sie ja schon oben angeführt wurden, hat der Erbschaftsbesitzer B die Forderung des Nachlaßgläubigers C im Betrage von 10000 M. aus eigenen Mitteln erfüllt. Als dann der wahre Erbe E die Erbschaft in Anspruch nimmt, hat sie sich unter der Verwaltung des B auf 8000 M.

herabgemindert. Da B ja gutgläubig gehandelt hat, braucht er nach BGB. 2022 nur dies, worum er noch bereichert ist, herauszugeben. Solche oder ähnliche Fälle hat auch wohl Kipp bei seiner Beweisführung im Auge, wenn er sagt, es könne für den Erbschaftsbesitzer vorteilhafter sein, den Anspruch gegen den Nachlaßgläubiger zu erheben. Kipp meint, man dürfe hier dem B diesen Anspruch nicht versagen. Man müsse ihm die Wahl lassen, an wen er sich halten wolle. „Man muß annehmen, daß durch die Zahlung des Erbschaftsbesitzers aus eigenen Mitteln ein Schwebezustand entsteht. Erhält der Erbschaftsbesitzer Ausgleichung vom Erben durch Anrechnung auf die Bereicherung des Erbschaftsbesitzers aus der Erbschaft oder durch bare Leistung, so muß der Erbe vom Gläubiger frei werden, und auch der Erbschaftsbesitzer kann von diesem nicht das Geleistete zurückfordern; bis zu solcher Ausgleichung kann aber der Erbschaftsbesitzer das dem Gläubiger Geleistete kondizieren und dann natürlich keine Ausgleichung vom Erben mehr fordern.“ Diese Ausführungen Kipps scheinen ja in dem Geiste des BGB. eine Stütze zu finden, das den gutgläubigen Besitzer einer Sache und besonders den gutgläubigen Erbschaftsbesitzer auf jede Weise gegen Benachteiligungen zu schützen sucht.

Indes glauben wir doch, Kipps Ansicht gegenübertreten und annehmen zu dürfen, daß dem Erbschaftsbesitzer, selbst wenn er mit eigenen Mitteln geleistet hat, keine condictio zu geben ist.

Aus dem BGB. läßt sich dies ja, wie oben für den Fall der Zahlung aus Mitteln der Erbschaft, durch § 267 begründen.

Eine Entscheidung darüber, welche von den beiden Möglichkeiten die besseren Ergebnisse liefert, läßt sich unserer Ansicht nach nur an der Hand praktischer Fälle entscheiden.

Wenn man nun in dem obigen Falle dem B gestattet,

das Gezahlte von G nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zurückzuverlangen, so hat B keinen Schaden erlitten. G aber wird von seiner Forderung nur einen Bruchteil erhalten, da ja E doch seine Haftung auf den Nachlaß beschränken wird, indem er nach 1975 f. Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs beantragt oder nach 1990 f. den Nachlaß dem Gläubiger preisgibt.

Wenn man dagegen den B auf die Ansprüche aus 2022 verweist, so hat er selbst die Differenz zu tragen. Uns dünkt nun dieses letztere Ergebnis mehr der Billigkeit zu entsprechen. Folgt man der Ansicht Kipps, so läßt man G einen Schaden tragen, an dessen Entstehung er ganz unschuldig ist; die Erbschaft traf so viel an, daß seine Forderung damit erfüllt werden konnte. Nun soll er das, was er rechtmäßig erhalten hat, herausgeben und sich mit einer Quote seiner Forderung begnügen, die ihm aus der unter der Verwaltung des B erheblich verringerten Nachlaßmasse zufließen wird. Wir glauben, daß B mit Recht den Schaden tragen muß: Entweder er hat für seine eigenen Zwecke oder durch eigene Schuld einen Teil der Masse verbraucht; dann ist unser Ergebnis sicherlich gerecht. Oder die Masse hat sich durch äußere Zufälle stark vermindert; dann muß man sagen, B hätte auf derartige Möglichkeiten gefaßt sein müssen und die Erbschaft (im Sinne von BGB. 1943) nicht haben „annehmen" dürfen.

Es kann auch sein, daß B die Schulden des Erblassers bezahlt hat, obgleich sie mehr antrafen als seine Hinterlassenschaft, aus Pietät für jenen: damit niemand dem Verstorbenen etwas Schlechtes nachsagen könne u. dergl. Man könnte hier vielleicht behaupten, bei unserer Regelung der Sache werde B zu hart behandelt. Wir glauben jedoch, daß dieser Vorwurf nicht begründet wäre. B hat das Andenken des Verstorbenen ehren wollen, allerdings in dem Glauben, daß er selber Erbe sei. Wenn sich dann heraus-

stellt, daß er nicht Erbe ist, so hat doch G, wie schon das römische Recht betonte (vgl. C 3, 51, 5), nur erhalten, was er zu fordern hatte. Daß B das, was er über den Bestand des Nachlasses hinaus geopfert hat, endgültig in honorem mortui verliert, kann nicht als allzu unbillig erscheinen.

Ein anderer Fall wäre der: B hat die Nachlaßschulden über den Wert der Masse hinaus bezahlt, weil er sie hat bezahlen müssen; weil er aus irgendwelchen Gründen unbeschränkbar für die Nachlaßverbindlichkeiten haftete. Hier muß ebenfalls unser Ergebnis als richtiger bezeichnet werden. Wenn B durch sein Verschulden dazu gekommen ist, seine Haftung nicht mehr auf die Höhe der Nachlaßmasse beschränken zu können, wenn ihm das Gesetz mit Absicht diese Vergünstigung versagt, so wäre es eine ganz ungerechtfertigte Milde, wenn man ihm nachher, nachdem sich herausgestellt hat, daß er gar nicht Erbe war, durch eine condictio helfen wollte; schließlich haben die Gläubiger doch wiederum nur bekommen, was sie zu fordern hatten.

Nach alledem dürfte es sich empfehlen, den Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung gegenüber den Nachlaßgläubigern dem Erbschaftsbesitzer auch dann zu versagen, wenn er aus eigenen Mitteln an die Gläubiger gezahlt hat, da hier sehr leicht unbillige Ergebnisse entstehen können.

Der Erbschaftsbesitzer ist also allgemein auf einen Anspruch gegenüber dem wahren Erben zu verweisen, der auf die verschiedenste Weise geltend gemacht werden kann, der in den allermeisten Fällen zum Ziele führt und, wo dies nicht geschieht, mit Recht seine Grenzen findet.

## § 15.

### Schlußbetrachtung.

Werfen wir noch einmal einen Blick auf die Resultate,

die wir bei Behandlung unseres Falles für das römische Recht und für das heutige bürgerliche Recht gefunden haben, so ergibt sich, daß sowohl diese Resultate selbst, als auch die Methoden, auf denen sie erreicht wurden, in beiden Fällen durchaus verschieden sind. Für das römische Recht haben wir gefunden, daß in ihm der Grundsatz herrscht: Prinzipiell ist eine condictio indebiti gegeben; nur in Ausnahmefällen, wie in C 3, 31, 5 und D 3, 5, 48 (49) wird sie versagt. Für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches hat sich ergeben, daß in unserem Falle der Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung allgemein entfällt.

Was schließlich die Methode der Untersuchung anbetrifft, so war für das Recht des corpus iuris die Frage aus der historischen Rechtsentwicklung heraus zu erklären, während für das heutige bürgerliche Recht in der Hauptsache eine Abwägung der widerstreitenden Interessen, selbstverständlich unter sorgfältiger Berücksichtigung des geschriebenen Rechtes, für die Entscheidung maßgebend sein mußte.